

## CAPÍTULO PRIMERO

# LA FILIACIÓN Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL TRABAJO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

María Mercedes ALBORNOZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La fase preliminar del Proyecto de Filiación y Gestación por Sustitución*. III. *El trabajo del Grupo de Expertos en Filiación y Gestación por Sustitución*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

En el transcurso de las últimas décadas, impulsada por la evolución de la sociedad hacia un mayor respeto a la diversidad y reconocimiento de derechos, así como por los avances de la ciencia en el área reproductiva, se ha venido produciendo, de manera gradual, una serie de cambios en las estructuras familiares.<sup>1</sup> Por esta razón, la noción tradicional y restringida de familia —matrimonio entre un hombre y una mujer, más los hijos en común, genéticamente vinculados con ambos y dados a luz por ella— ya no es suficiente para comprender la realidad en la que actualmente nos encontramos inmersos. De manera que hoy se habla de familias y de diferentes estructuras familiares, en plural. Así, por ejemplo, hay familias monoparentales, familias ensambladas, familias que no giran en torno a una unión matrimonial, otras

---

<sup>1</sup> Nuria González Martín observa que las “nuevas estructuras familiares”, en realidad, “no son tan nuevas, es decir, no son de nueva generación pero sí de una gran proliferación, y no son tan familiares en el sentido de su apego al concepto tradicional de familia”. Véase “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en Carbonell, José *et al.*, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 61 y 62, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3174/4.pdf>.

que se originan como consecuencia de una unión —matrimonial, o no— entre personas del mismo sexo. Además, las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA)<sup>2</sup> han puesto al alcance de personas adultas, con imposibilidad de o con dificultades para reproducirse naturalmente, procedimientos médicos que contribuyen a incrementar las probabilidades de lograr una reproducción exitosa, con la utilización de los gametos de la pareja, o de donantes de óvulos y/o de esperma.

A todo este panorama se suma una dimensión internacional cada vez más presente, potenciada por la globalización y el consecuente aumento de la migración.<sup>3</sup> Los desplazamientos de personas y familias, a través de las fronteras, son facilitados por un mayor acceso a medios de transporte o por cierta proximidad geográfica, y en muchas ocasiones derivan de la necesidad de preservar la vida, pues huyen de crisis económicas, políticas o humanitarias en sus países de origen.

Entre los sujetos que son parte de los flujos migratorios transfronterizos, los niños<sup>4</sup> merecen especial protección. El presente capítulo se concentrará en la problemática jurídica relacionada con el estatus de los niños que se desplazan de un país a otro, y que, como consecuencia de las diferencias de contenido entre los derechos de los Estados de origen y de recepción, enfrentan dificultades para que su filiación, establecida en un Estado, sea reconocida en el otro. Este tipo de situaciones genera incertidumbre y vulnera los derechos del niño a la identidad y a tener una vida familiar, pudiendo extenderse también a la afectación de los derechos a conocer sus orígenes y a contar con una nacionalidad, todo lo cual —en conjunto, e inclusive individualmente— vulnera el interés superior del niño. Por lo tanto, consideramos que resulta imperioso tender puentes entre sistemas jurídicos,

---

<sup>2</sup> Como lo señala Estefanía Vela Barba, es un concepto erigido desde el ámbito de la medicina, mientras que en la literatura feminista es más común referirse a “nuevas tecnologías reproductivas”. Véase “Nuevas tecnologías reproductivas”, en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, Ciudad de México, Dirección General de Publicaciones de la UNAM-Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018, vol. 2, pp. 197 y 198, disponible en <http://estefaniavelabarba.com/wp-content/uploads/2018/03/nuevas-tecnologias-reproductivas-conceptos-clave-2.pdf>.

<sup>3</sup> De esta manera, se aprecia que tiene implicaciones en materia familiar “el trasiego transfronterizo, no sólo en los aspectos comerciales y/o económicos sino en los aspectos personales, que han propiciado reformas de trascendencia que requieren una redimensión, o mejor dicho, una neodimensión o reconceptualización en la aplicación del derecho cuando nos situamos ante una familia multicultural y multidiversa”. González Martín, Nuria, “Modelos familiares ante...”, cit. *supra* nota 1, pp. 69 y 70.

<sup>4</sup> Aclaremos que las alusiones hechas en el presente capítulo a los “niños” no excluyen en modo alguno a las “niñas”. Se trata de personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad.

atendiendo al principio del *favor filiationis*,<sup>5</sup> a fin de propiciar la estabilidad y la consiguiente continuidad de los vínculos de filiación más allá de las fronteras.

La disciplina jurídica que constantemente opera con la diversidad entre sistemas jurídicos es el derecho internacional privado (en adelante, Dipr). Aunque la construcción de puentes entre sistemas puede emprenderse desde las normas de fuente interna, entendemos que lo más apropiado en términos de eficacia es abordarlo desde el plano internacional. En este sentido, el foro de codificación internacional ideal para el análisis del tema y la propuesta de una eventual regulación internacional es la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH), cuyo objeto consiste, precisamente, en “trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado”.<sup>6</sup>

El Dipr familiar y de la protección de la infancia, comprendiendo la adopción internacional, ha sido uno de los ejes de la labor de la HCCH, plasmada en un conjunto de convenciones internacionales sobre esta materia.<sup>7</sup> No obstante, la filiación en general —con excepción de la filiación adoptiva como un supuesto especial— no había sido tratada en este foro hasta hace relativamente poco tiempo. En efecto, recién en 2001 se la propuso como futuro tema de trabajo.<sup>8</sup> Sin embargo, el interés por esta materia

---

<sup>5</sup> Coincidimos con Nieve Rubaja, quien afirma que la esencia del principio del *favor filiationis* “se nutre de los derechos fundamentales del niño, incluido el derecho a la estabilidad del vínculo”. *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 334.

<sup>6</sup> Estatuto de la HCCH, artículo 1. El estatuto fue adoptado el 30 de octubre de 1951. Su texto completo se puede consultar en <https://assets.hcch.net/docs/97867a48-a528-4b5f-8c30-e63849448ae7.pdf>.

<sup>7</sup> Los instrumentos vinculantes de la HCCH relativos a la protección de los niños son los siguientes: Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>; Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>; Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>; Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131> y el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=133>.

<sup>8</sup> HCCH, *Observations concerning the Strategy of the Hague Conference – Observations Made by Other International Organizations and Observations Made in a Personal Capacity in Responded to the Secretary General’s Letter of 30/31 July 2001, Preliminary Document No. 20 for the Attention of*

resurgió recién en 2010, cuando el Consejo de Asuntos Generales y Política de la HCCH (en adelante, el Consejo) le solicitó a la Oficina Permanente (en adelante, OP) que estudiara las cuestiones de Digr en torno al estatus de los niños, excluyendo la adopción e incluyendo el reconocimiento de la filiación.<sup>9</sup> Asimismo, en esa ocasión se reconoció la complejidad de los problemas de Digr y de protección de los niños surgidos del incremento de casos de gestación por sustitución (en adelante, GS).<sup>10</sup> Con ese mandato del Consejo de 2010, vio la luz el Proyecto de Filiación y Gestación por Sustitución —denominado *Parentage / Surrogacy Project*, en inglés— de la HCCH (en adelante, el Proyecto).<sup>11</sup>

En el presente capítulo examinamos los aspectos centrales del trabajo que este organismo internacional ha venido realizando en materia de filiación y de GS. Para ordenar la exposición elegimos seguir un orden cronológico, a fin de que se pueda apreciar la evolución gradualmente experimentada por el Proyecto desde sus inicios y hasta el momento actual. Por eso comenzamos destacando ciertos aspectos de la fase preliminar del Proyecto y luego hacemos lo propio con respecto al trabajo del Grupo de Expertos en Filiación y Gestación por Sustitución (en adelante, el Grupo). Posteriormente, culminamos con algunas observaciones finales referidas a la valoración del trabajo efectuado y los retos a futuro.

## II. LA FASE PRELIMINAR DEL PROYECTO DE FILIACIÓN Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En 2010, apenas tres meses después de la sesión del Consejo en la cual — como se acaba de ver más arriba — se revitalizó el interés por la problemática de Digr en materia de filiación y se reconoció explícitamente el carácter complejo de la gestación por sustitución transfronteriza (en adelante, GST),<sup>12</sup> se llevó a cabo la reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del

---

*the Nineteenth Session*, extracto disponible en <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2010-and-prior>.

<sup>9</sup> HCCH, Consejo de Asuntos Generales y Política, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 7 al 9 de abril de 2010, p. 3, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> Sección del sitio web de la HCCH dedicada al Proyecto, disponible en <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

<sup>12</sup> Véase *supra* nota 8.

niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.<sup>13</sup> Esta comisión constató el rápido aumento de los acuerdos de GS en el ámbito internacional, manifestó preocupación por la incertidumbre acerca de la situación de los niños nacidos en este contexto y consideró como no adecuado utilizar el convenio de 1993 para dichos casos.<sup>14</sup> En consecuencia, le recomendó a la HCCH desarrollar estudios sobre los aspectos jurídicos —sobre todo, en materia de Dipr— relacionados con la GS.<sup>15</sup>

Fue a raíz de dicha recomendación que en los siguientes años la OP preparó varios estudios de derecho comparado acerca de la filiación y la GS en situaciones internacionales. El primero de ellos, de 2011, identificó las preocupaciones de Dipr en torno al estado civil de los niños —principalmente, en cuanto al establecimiento y la impugnación de su filiación—, abarcando las relacionadas con acuerdos de GS y con el empleo de TRHA en otros casos.<sup>16</sup> El segundo estudio, que vio la luz un año después, se concentró en la problemática surgida de los acuerdos transfronterizos de GS, y presentó un amplio abanico de actitudes que diferentes Estados asumen ante el fenómeno de la GS y de los enfoques metodológicos de Dipr que adoptan cuando esta figura trasciende las fronteras estatales.<sup>17</sup> Asimismo, expuso algunas ideas preliminares sobre posibles perspectivas o enfoques para abordar el tema si se lo regulara multilateralmente en el plano internacional.<sup>18</sup>

En 2013, la OP diseñó cuatro cuestionarios sobre aspectos de Dipr relacionados con el estado civil de los niños, incluyendo los derivados de acuerdos transfronterizos de GS, destinados a los Estados miembros de la HCCH

<sup>13</sup> Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, *Conclusiones y Recomendaciones Aprobadas por la Comisión Especial*, 17-25 de junio de 2010, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32fc8bfb42d.pdf>.

<sup>14</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 25. Nota: la versión original del documento fue redactada en inglés; pero, aunque en la versión traducida al español se habla de “maternidad subrogada”, dado que consideramos que lo correcto habría sido, en nuestro idioma, utilizar la denominación *gestación por sustitución* o, en su defecto, *gestación subrogada*, nos referimos a esta figura como *gestación por sustitución*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 26.

<sup>16</sup> HCCH, *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, Doc. Prel. No. 11, marzo de 2011, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.

<sup>17</sup> HCCH, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. No. 10, marzo de 2012, sección III, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff3ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.

<sup>18</sup> *Ibidem*, sección IV.

y a otros Estados interesados en el tema, a abogados litigantes, a profesionales de la salud y a agencias de intermediación en materia de GS, respectivamente.<sup>19</sup> Muchos de los destinatarios enviaron sus respuestas: las respuestas recibidas de parte de los Estados fueron cuarenta y ocho.<sup>20</sup>

Utilizando como insumo principal todo ese rico material, la OP de la HCCH produjo en 2014 dos nuevos documentos. En el primero se respondió afirmativamente la pregunta de si era deseable continuar desarrollando el Proyecto, advirtiéndose que era necesario trabajar en el plano internacional acerca de la filiación en general, y también, con carácter urgente, abordar el tema en el contexto de la GS.<sup>21</sup> No obstante, con respecto a la factibilidad o viabilidad de un eventual instrumento internacional —más allá de la técnica de codificación rígida o blanda a emplear— por el momento fue imposible llegar a una respuesta precisa, dados los inconvenientes planteados por la noción de orden público internacional y la dificultad de hallar criterios mínimos comunes en materia de filiación.<sup>22</sup> Por eso se sugirió la conformación del Grupo, con la intención de facilitar la exploración de la viabilidad de avanzar rumbo a un instrumento multilateral vinculante o, quizás, la adopción de medidas no vinculantes.<sup>23</sup> El segundo documento consistió en un exhaustivo estudio de derecho comparado sobre filiación y cuestiones derivadas de los acuerdos de GST, estudiando la temática desde la perspectiva del derecho interno, para luego analizarla desde la lente del *Dipr*, manteniendo siempre una mirada comparatista.<sup>24</sup>

Finalmente, en su reunión de marzo de 2015, el Consejo decidió crear el Grupo, para explorar la viabilidad de continuar el trabajo en materia de filiación y GS.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> Disponibles para su descarga a partir del sitio de Internet del Proyecto: cit. *supra* nota 11.

<sup>20</sup> *Idem*. Entre ellas se encuentra la de México.

<sup>21</sup> HCCH, *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project*, Doc. Prel. No. 3B, marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>.

<sup>22</sup> *Idem*, especialmente, párrafos núm. 69 y ss.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> HCCH, *Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. No. 3C, marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90efd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.

<sup>25</sup> HCCH, Consejo de Asuntos Generales y Política, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 24-26 de marzo de 2015, párrafo núm. 5, disponible en [https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl_en.pdf).

### III. EL TRABAJO DEL GRUPO DE EXPERTOS EN FILIACIÓN Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Desde la creación del Grupo por decisión del Consejo, adoptada en 2015,<sup>26</sup> comenzó una nueva fase del Proyecto, objeto de la presente sección del capítulo. Ésta se divide en siete apartados, el primero de los cuales se refiere al Grupo, su objetivo, mandato y composición. Los apartados subsiguientes corresponden a cada una de las seis reuniones celebradas hasta el momento.

#### 1. *El Grupo: objetivo, mandato y composición*

El Consejo, órgano máximo de la HCCH integrado por representantes de todos los Estados miembros de esta organización internacional, determinó el mandato del nuevo Grupo. Es preciso subrayar que un cuerpo colegiado de esta naturaleza está facultado únicamente para actuar dentro del mandato que le es conferido por el órgano competente. De ahí se deriva la importancia de no perder de vista el objetivo de la constitución del Grupo y los términos de su mandato.

El *objetivo* del Grupo consiste en explorar la factibilidad de avanzar con el trabajo en el área cubierta por el Proyecto, es decir, filiación y GS.<sup>27</sup> Asimismo, el Consejo estableció que el Grupo “debería considerar primero las normas de Derecho internacional privado relativas al estatus jurídico de los niños en situaciones transfronterizas, incluyendo a los niños nacidos a raíz de acuerdos internacionales de subrogación”.<sup>28</sup> Esta traducción prácticamente literal del texto original en inglés, que estableció el *mandato* del Grupo, nos permite hacer algunas inferencias:

- i) El referido mandato se enfoca a cuestiones de Dipr;
- ii) Por lo tanto, se concentra en situaciones transfronterizas, que presentan vínculos o puntos de contacto con dos Estados, como mínimo;
- iii) Tales situaciones deben referirse al estado civil de los niños, lo que, en otros términos, alude a su filiación jurídica con respecto a una o varias personas adultas;
- iv) Entre los casos internacionales de filiación quedan comprendidos los que surgen como consecuencia de acuerdos transfronterizos de GS.

---

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Idem.*

También es relevante señalar que el Grupo está compuesto por expertos de poco más de una veintena de países, con perfiles diversos. Además de juristas que provienen del ámbito académico, muchos de ellos especializados en Dipr y/o en derecho de las familias, también integran el grupo abogados que litigan en dichas materias, así como funcionarios estatales que lidian con casos internacionales de filiación y de GS en el desarrollo de sus actividades cotidianas. Igualmente, participan en carácter de observadores algunos miembros de organizaciones internacionales gubernamentales —Consejo de Europa y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia—, no gubernamentales —Servicio Social Internacional— y profesionales —International Academy of Family Lawyers— involucradas o interesadas en el tema.

Los miembros del Grupo provienen de países de tradiciones jurídicas diferentes y en su seno están representados los cinco continentes.<sup>29</sup> Esta diversidad contribuye a enriquecer las discusiones y a “mantener los pies en la tierra”, al permitir recordar que si se creara algún nuevo instrumento jurídico, éste debería servir para facilitar la vida de las familias, coadyuvar al respeto de los derechos de las personas y, especialmente, para garantizar el interés superior del niño.

## 2. Primera reunión

La primera reunión del Grupo, como las siguientes, fue en la sede de la HCCH, en la ciudad de La Haya, en los Países Bajos. La que marcó el punto de partida de las actividades se celebró del 15 al 18 de febrero de 2016.

Dada la amplitud y el alto grado de complejidad de la temática congregate, se optó por comenzar con la discusión de una serie de casos prácticos de filiación propuestos en el documento preparatorio de la reunión, cuidadosamente elaborado por la OP, para tres escenarios diferentes: el contexto tradicional, un contexto en el cual se recurre a las TRHA y aquél en el que existe un acuerdo transfronterizo de GS.<sup>30</sup> El ejercicio permitió poner sobre la mesa la ausencia de convenciones de La Haya aplicables y la diversidad de modos de solucionar tales casos, según desde qué sistema jurídico se los abordara. Por consiguiente, el Grupo reconoció la necesidad de contar con soluciones comunes.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Nótese que, aunque África está presente, sólo participa una experta de Sudáfrica.

<sup>30</sup> HCCH, *Background Note for the Meeting of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project*, enero de 2016, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>.

<sup>31</sup> HCCH, *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy*, Doc. Prel. No. 3, febrero de 2016, párrafo núm. 4, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>.



Posteriormente, se procedió a efectuar un análisis de Difr comparado en materia de filiación, incluyendo los supuestos en los cuales se recurre a las TRHA y a la GS. En el estudio efectuado oral y colectivamente durante las sesiones, los referidos temas fueron desmenuzados en términos de jurisdicción, derecho aplicable y reconocimiento, desde la perspectiva de cada uno de los ordenamientos jurídicos allí representados.<sup>32</sup> También fueron considerados los potenciales beneficios de la cooperación internacional entre autoridades.<sup>33</sup>

Al acabar la reunión no fue posible llegar a conclusiones definitivas acerca de la viabilidad de un posible producto final, ni del tipo ni del ámbito de aplicación de un eventual producto.<sup>34</sup> Esto se debió, por un lado, a la complejidad del tema y, por el otro, a la gran diversidad de perspectivas sobre el tema. No obstante, el Grupo consideró que se debía continuar trabajando y que, por el momento, los esfuerzos para determinar la factibilidad de un nuevo instrumento deberían concentrarse principalmente en el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero.<sup>35</sup> Es preciso resaltar la relevancia de esta decisión dado que, como se verá en los apartados siguientes, se trata de la vía en la que más se ha progresado hasta ahora, sin perjuicio de que aún no han sido descartados otros posibles enfoques metodológicos.

Las *conclusiones y recomendaciones* emitidas en cada reunión del Grupo deben ser sometidas a la siguiente sesión del Consejo. Es dicho órgano el facultado para tomar decisiones relativas a la continuación —o no— de las actividades del Grupo, la convocatoria a nuevas reuniones y los temas concretos a tratar en ellas. Generalmente, el Consejo sigue las recomendaciones que recibe por parte del Grupo.

### 3. Segunda reunión

Los temas tratados en la segunda reunión del Grupo —del 31 de enero al 3 de febrero de 2017— pueden agruparse en *dos ejes*: filiación en general y filiación en casos de GST y TRHA.

Con respecto al *primer eje*, para discutir sobre la factibilidad de avanzar rumbo a un nuevo instrumento jurídico en materia de reconocimiento de la filiación, fue necesario distinguir los casos en los que existen decisiones judiciales, de los casos donde no las hay y sólo se cuenta con algún otro tipo

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, párrafos núms. 6 y ss.

<sup>33</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 14.

<sup>34</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 16.

<sup>35</sup> *Idem*.

de documento público. Hubo acuerdo entre la mayoría de los miembros del Grupo en cuanto a la viabilidad de trabajar en un instrumento multilateral de carácter vinculante para el reconocimiento de pleno derecho de decisiones judiciales extranjeras sobre filiación.<sup>36</sup> En este sentido, se decidió que sería necesario determinar una serie de criterios de jurisdicción indirecta, cuya enunciación específica requiere más reflexión.<sup>37</sup> Por lo tanto, el Grupo acordó que, en principio, sería factible desarrollar un instrumento vinculante sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación, y que se necesita más estudio y discusión sobre cómo podría operar.<sup>38</sup>

Para los casos en los que existe un documento público diferente de una decisión judicial que determina la filiación —piénsese, por ejemplo, en una partida o acta de nacimiento—, el Grupo reconoció encontrarse ante un desafío, derivado de la diversidad de tales documentos y de sus efectos jurídicos.<sup>39</sup> Tomando en cuenta que, en algunos Estados, un acta de nacimiento sirve para probar el hecho del nacimiento mas no el vínculo jurídico de filiación entre el niño y una o más personas adultas, algunos expertos propusieron la creación de un certificado internacional de filiación o, cuando menos, de un sello que, una vez estampado en el acta, indicara —salvo prueba en contrario— la existencia de una relación jurídica de filiación.<sup>40</sup> Evidentemente, la cuestión del reconocimiento de la filiación plasmada en documentos públicos extranjeros que no son sentencias precisa ser atendida, pues corresponde al amplio universo de casos que nunca llegan a judicializarse. Sin embargo, dado el carácter intrincado del tema, el Grupo estuvo de acuerdo en que es necesario continuar discutiéndolo en el futuro.<sup>41</sup>

En cuanto al *segundo eje*, el de la filiación en supuestos de GST y TRHA, el Grupo advirtió la naturaleza compleja de este tema, así como el hecho de que éste evoluciona constantemente, por lo que se requiere contar con soluciones prácticas para asegurar la continuidad de la filiación más allá de las fronteras estatales.<sup>42</sup> Hubo un amplio apoyo para que se explore si sería adecuado aplicar las futuras normas de Dipr sobre filiación en general a la

---

<sup>36</sup> HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 31 January – 3 February 2017)*, Prel. Doc. No. 2, febrero de 2017, párrafo núm. 6, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/8b00d3a1-6c2d-4b8b-b3d9-7db43f9bb025.pdf>.

<sup>37</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 7.

<sup>38</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 39, a).

<sup>39</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 15.

<sup>40</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 17.

<sup>41</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 39, b).

<sup>42</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 24.

filiación en supuestos de GS y TRHA.<sup>43</sup> Por lo pronto, en esta segunda reunión no fue posible adoptar conclusiones definitivas acerca de este punto, ni acerca de la eventual necesidad de establecer normas o salvaguardas adicionales para casos de GST y de TRHA.<sup>44</sup>

#### 4. Tercera reunión

Del 6 al 9 de febrero de 2018, se celebró la tercera reunión del Grupo, en la cual se trabajó sobre tres temas: el posible contenido de un instrumento internacional sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de filiación en general, filiación y documentos públicos, y filiación en el contexto de GST y TRHA.

De la discusión sobre el *contenido de un futuro instrumento sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación* destacaremos dos aspectos que estimamos particularmente relevantes. En primer lugar, que su objetivo debería ser el de proveer certeza y continuidad a la filiación, considerando los derechos fundamentales de las personas involucradas y, particularmente, el interés superior del niño.<sup>45</sup> En segundo lugar, que el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras sobre filiación debería producirse de pleno derecho, en tanto sean satisfechos ciertos criterios de jurisdicción indirecta o filtros jurisdiccionales en el Estado donde la decisión haya sido dictada,<sup>46</sup> y no pueda invocarse ninguna causal de denegación.<sup>47</sup> Consecuentemente, se decidió que en la siguiente reunión se trabajara en refinar el contenido de las posibles normas de reconocimiento de decisiones judiciales.<sup>48</sup>

Acerca del tema *filiación y documentos públicos*, el Grupo observó que la filiación se suele establecer de pleno derecho —*ex lege*— y que, en la mayoría de los Estados, las actas de nacimiento sólo tienen valor probatorio.<sup>49</sup> Por consiguiente, para saber si se podría reconocer la filiación en ausencia de decisión judicial, se requeriría más reflexión.<sup>50</sup> A idéntica conclusión se llegó

<sup>43</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 27.

<sup>44</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 39, c).

<sup>45</sup> HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 6-9 February 2018)*, Prel. Doc. No. 2, febrero de 2018, párrafo núm. 5, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/75f52918-063d-4232-81c7-ca7cd37e5af6.pdf>.

<sup>46</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 18.

<sup>47</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 23.

<sup>48</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 52, a), tercer ítem.

<sup>49</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 34.

<sup>50</sup> *Idem*.

con respecto a las distintas perspectivas metodológicas discutidas durante la reunión —derecho aplicable, aceptación de actas de nacimiento extranjeras como presunciones *juris tantum* de relaciones de filiación, reconocimiento de pleno derecho—. <sup>51</sup>

Finalmente, en cuanto a la *filiación en el contexto de la GST y las TRHA*, una amplia mayoría de expertos insistió en la importancia de que los acuerdos internacionales de GS sean abordados en un instrumento jurídico multilateral, pues es justamente en esos casos donde surgen muchos de los problemas de Dipr de filiación en la actualidad. <sup>52</sup> Se reconoció la relevancia del orden público —incluyendo, por ejemplo, preocupaciones relativas a la filiación claudicante y al potencial de explotación— y del interés superior del niño, que requerirán más discusión. <sup>53</sup> Durante esta tercera reunión no se llegó a un acuerdo en cuanto a si un instrumento de Dipr sobre filiación en general también podría aplicarse a la GST o a si sería necesario crear un instrumento separado —como un protocolo— para esta última. <sup>54</sup> En cambio, lo que sí se acordó fue dedicar una reunión completa al estudio de dicha cuestión, y la posibilidad de que se precisase contar con normas o salvaguardas específicas para casos de GST. <sup>55</sup>

A partir de lo concluido y recomendado en esta tercera reunión del Grupo, se programó que hubiera al menos dos reuniones más. Fue así como la cuarta se dedicó a cuestiones de Dipr de la filiación en general, mientras que la quinta se concentró en la filiación en casos de GST.

## 5. Cuarta reunión

La cuarta reunión del Grupo tuvo lugar en 2018, del 25 al 28 de septiembre. Como ya se adelantó, esta reunión se enfocó en la filiación en general, pero excluyó los casos de GS y los de uso de TRHA.

El norte señalado, desde el comienzo de la reunión, fue la necesidad de llegar a soluciones comunes, para simplificar el complejo escenario actual, proporcionando predictibilidad, certeza y continuidad transfronteriza de la filiación, tomando en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, párrafos núms. 35 y 52, a), primero y segundo ítem.

<sup>52</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 43.

<sup>53</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 45.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 44.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 52, b).

los derechos del niño<sup>56</sup> y, sobre todo, el interés superior del niño.<sup>57</sup> También se recordó que cualquier nuevo instrumento jurídico sobre filiación debería ser complementario de las convenciones de La Haya existentes, así como resultar atractivo para el mayor número de Estados posible.<sup>58</sup> Asimismo, como parte de las premisas básicas a tener en cuenta en el transcurso de la reunión, se confirmó que los métodos primarios para establecer la filiación son tres: de pleno derecho —*ex lege*—, por un acto de un individuo o de varios —acuerdo—, y por decisión de una autoridad estatal —generalmente, de carácter judicial—. <sup>59</sup>

Los aspectos de Dipr de la filiación en general fueron abordados a partir de la distinción entre los casos en los cuales no hay decisión judicial sobre filiación y los casos en los que sí la hay.

*En ausencia de decisión judicial*, se consideró que, si el posible futuro instrumento no contuviera normas de derecho aplicable, se podría acoger un enfoque de aceptación o un enfoque de reconocimiento.<sup>60</sup> En otros términos, se trataría de aceptar el documento extranjero, salvo prueba en contrario;<sup>61</sup> o bien, reconocer de pleno derecho el contenido de tal documento,<sup>62</sup> con sujeción al respeto de ciertas salvaguardas. En lo atinente al primer enfoque, hubo acuerdo en que, para muchos Estados, la adopción de esa perspectiva significaría una codificación de la práctica actual y que, por lo tanto, no sería útil para garantizar la continuidad de la filiación más allá de las fronteras.<sup>63</sup> En cuanto al segundo enfoque, aunque se reconoció su utilidad, hubo dudas acerca de su factibilidad, por lo que se requiere continuar estudiando el tema.<sup>64</sup>

Ahora bien, si en ausencia de decisión judicial, el futuro instrumento contuviese normas de derecho aplicable, todos los Estados que fueran parte de éste aplicarían un mismo derecho para determinar quiénes son los padres de un niño, y esto contribuiría a la continuidad transfronteriza de

<sup>56</sup> Firmada el 20 de noviembre de 1989, disponible en [https://www.un.org/es/events/chil\\_drenday/pdf/derechos.pdf](https://www.un.org/es/events/chil_drenday/pdf/derechos.pdf).

<sup>57</sup> HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 25 to 28 September 2018)*, Prel. Doc. No. 2 A, octubre de 2018, párrafo núm. 6, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf>.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 7.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párrafos núm. 9 y ss.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 10.

<sup>62</sup> Se volvió a plantear y analizar la idea de un posible certificado internacional de filiación. *Ibidem*, párrafo núm. 17.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 12.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párrafos núm. 22 y 21.

la filiación.<sup>65</sup> No obstante, intentar acordar el punto de conexión uniforme —o, eventualmente, los puntos de conexión uniformes— implica un gran reto. El Grupo identificó varios posibles puntos de conexión que merecerían más análisis.<sup>66</sup> Otro desafío consiste en que algunos Estados aplican sistemáticamente la *lex fori* en esta materia<sup>67</sup> y difícilmente estarían dispuestos a permitir la aplicación del derecho extranjero. Lo que quedó claro, al final de la discusión, fue que el enfoque de derecho aplicable y sus implicaciones prácticas precisan aún más estudio y análisis.

Por otro lado, para cuando *haya una decisión judicial sobre la filiación*, se recordó la decisión adoptada en la tercera reunión del Grupo, en cuanto a la factibilidad de desarrollar un instrumento multilateral vinculante sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de filiación, que dicho reconocimiento tendría que operar de pleno derecho y que debería estar sujeto a ciertos criterios de jurisdicción indirecta.<sup>68</sup> En la cuarta reunión se procuró ir afinando el posible contenido del futuro instrumento. Del nutrido diálogo que tuvo lugar entre los expertos, destacaremos cuatro puntos:

- 1) Se acordó que sería positivo y viable incluir criterios alternativos de jurisdicción indirecta.<sup>69</sup>
- 2) No se descartó adoptar criterios de jurisdicción directa; pero habría que considerar esta cuestión más adelante, cuando se haya avanzado más en la estructura y el contenido del instrumento.<sup>70</sup>
- 3) Se reafirmó que temas tales como alimentos, sucesiones, nacionalidad, y otros que son cubiertos por convenciones de La Haya existentes, deberían ser excluidos del ámbito material de aplicación del futuro instrumento.<sup>71</sup>
- 4) Aunque se decidió que las causales de denegación de reconocimiento de la sentencia extranjera requieren más discusión, hubo acuerdo

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 22.

<sup>66</sup> Por ejemplo, lugar de nacimiento del niño, lugar de la residencia habitual del niño al nacer, Estado con el cual el niño tiene una conexión real y sustantiva. *Ibidem*, párrafo núm. 26.

<sup>67</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 31.

<sup>68</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 34.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 35.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 39.

<sup>71</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 40.

general en cuanto a incluir una cláusula de orden público que tome en cuenta el interés superior del niño.<sup>72</sup>

Las conclusiones y recomendaciones finales de esta reunión, primordialmente aquéllas relacionadas con los siguientes pasos, fueron pospuestas para cuando acabase la quinta reunión del Grupo.<sup>73</sup>

## 6. *Quinta reunión*

De conformidad con la recomendación adoptada en la tercera reunión, la quinta reunión del Grupo se abocó al estudio de la filiación en supuestos de GST. Las sesiones de trabajo se desarrollaron del 29 de enero al 1 de febrero de 2019.

Desde el comienzo de la reunión se enfatizó la necesidad de que el eventual producto del trabajo del Grupo no excluya los aspectos de Dipr de la GS.<sup>74</sup> Asimismo, atendiendo la preocupación manifestada en diversos ámbitos externos a la HCCH y ajenos al Dipr como disciplina jurídica,<sup>75</sup> se consideró importante aclarar que un posible instrumento de Dipr sobre filiación en casos de GS no debe ser entendido como un aval a esta figura sino, simplemente, como un mecanismo para resolver en la práctica filiaciones claudicantes que resultan de la GST, y para posibilitar que los Estados protejan mejor los derechos humanos de las personas involucradas.<sup>76</sup> También se subrayó que esto no debe entenderse en modo alguno como una recomendación a los Estados para que permitan la práctica de la GS.<sup>77</sup> En efecto, la diversidad de las actitudes estatales hacia la GS es el punto de partida. Lo que se busca al explorar la viabilidad de crear un nuevo instrumento para situaciones internacionales es proteger los derechos humanos de quienes —de una manera u otra— participan en acuerdos de GS y, sobre todo, el interés superior del niño que nace en estas circunstancias.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 43.

<sup>73</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 48.

<sup>74</sup> HCCH, Report of the *Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 29 January to 1 February 2019)*, Prel. Doc. No. 2 B, febrero de 2019, párrafo núm. 8, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/55032f61-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, Besmond de Senneville, Loup, “À La Haye, le discret travail juridique sur les règles de GPA”, *La Croix*, 29 de enero de 2019, disponible en <https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/A-Haye-discret-travail-juridique-regles-GPA-2019-01-29-1200998778>.

<sup>76</sup> HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 29 January to 1 February 2019)*, cit. *supra* nota 74, párrafo núm. 9.

<sup>77</sup> *Idem*.

El principal objetivo de esta quinta reunión del Grupo consistía en analizar si pudiese ser posible emplear las normas de Dipr sobre filiación en general, para la filiación en casos de GST. Con la finalidad de emprender ese análisis, se dividió la temática del reconocimiento de la filiación entre aquellos casos en los cuales hay, y en los cuales no hay, una decisión judicial que establece la filiación. También se reconoció que algunos casos de GST pueden conllevar una combinación de métodos de establecimiento de la filiación.<sup>78</sup> A continuación destacaremos algunos de los puntos abordados.

En lo atinente al *reconocimiento de la filiación establecida por sentencia*, se notó que la determinación judicial de la filiación en casos de GST prevalece en muchos Estados de origen y que en muchos Estados de recibimiento se exige determinar *de novo* la filiación del niño.<sup>79</sup> Además, un gran número de miembros del Grupo concluyó que los criterios atributivos de jurisdicción indirecta identificados para filiación en general no serían adecuados para la GST, y manifestó su apoyo al criterio del Estado del nacimiento del niño, con la posible adición de alguna otra exigencia —por ejemplo, que en ese Estado también resida habitualmente la persona que dé a luz, es decir, la mujer gestante—.<sup>80</sup>

Asimismo, muchos expertos admitieron la relevancia del orden público y de establecer salvaguardas específicas para el reconocimiento de la GST,<sup>81</sup> como el consentimiento libre e informado de la gestante.<sup>82</sup> La mayoría de los miembros del Grupo reconoció la importancia de continuar discutiendo otras posibles salvaguardas<sup>83</sup> y concluyó que sería viable desarrollar un marco jurídico para el reconocimiento de la filiación establecida por decisión judicial en casos internacionales de GS, respetando la diversidad de perspectivas nacionales.<sup>84</sup> De igual modo, se consideró que sería deseable y factible implementar mecanismos de cooperación en la fase de reconocimiento, lo que contribuiría a verificar el cumplimiento de las salvaguardas.<sup>85</sup>

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 12, donde se recuerda que los métodos son: por decisión judicial, de pleno derecho, y por el acto de un individuo o por acuerdo.

<sup>79</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 13.

<sup>80</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 15.

<sup>81</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 17.

<sup>82</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 19.

<sup>83</sup> Entre ellas: el vínculo genético entre el niño y uno de los padres intencionales, la preservación de y el acceso a la información sobre los orígenes del niño, la prevención de la venta y el tráfico de niños, la prevención de la explotación y el tráfico de mujeres. *Ibidem*, párrafo núm. 20.

<sup>84</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 22.

<sup>85</sup> *Ibidem*, párrafos núms. 21 y 22.



En lo que concierne al *reconocimiento de la filiación establecida sin que exista una decisión judicial* en casos de GST, las salvaguardas y la cooperación podrían ser relevantes.<sup>86</sup> Adicionalmente, con respecto al enfoque metodológico de derecho aplicable, se estimó que éste podría tratarse más adelante, en función de lo que se decidiera sobre el punto para la filiación en general.<sup>87</sup>

Finalmente, acerca del camino a seguir en el futuro, la mayoría de los expertos recomendó desarrollar dos instrumentos jurídicos: 1) un instrumento general de Dipr sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de filiación; y por separado, 2) un protocolo sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación derivada de acuerdos transfronterizos de GS.<sup>88</sup> Adicionalmente, la mayor parte del Grupo recomendó seguir considerando otros métodos susceptibles de fortalecer la efectividad de aquellos instrumentos.<sup>89</sup>

## 7. Sexta reunión

La sexta reunión del Grupo, celebrada del 29 de octubre al 1 de noviembre de 2019, es la última que se ha llevado a cabo hasta ahora. La misma se enfocó en la discusión de las posibles disposiciones a incluir en los dos instrumentos en los cuales se había decidido avanzar: una convención y un protocolo internacionales sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación en general y derivada de GST, respectivamente. Acerca de este punto, merece ser reconocida la encomiable labor realizada, entre la quinta y la sexta reunión, por el equipo de redacción que escribió ambos borradores, con el fin de facilitar la discusión y la fluidez del progreso en el trabajo.

Consideramos apropiado aclarar que, si bien en el transcurso de las sesiones se produjo un intercambio sumamente enriquecedor y se tomaron decisiones que permitirán mantener ciertos pasajes de ambos borradores e introducir modificaciones a otros, éstos continúan siendo textos inacabados, aún sujetos a cambios y/o adiciones. En las siguientes líneas se aludirá a la mayor parte de las decisiones adoptadas en el transcurso de esta sexta reunión del Grupo.

---

<sup>86</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 23.

<sup>87</sup> *Idem*.

<sup>88</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 32.

<sup>89</sup> Por ejemplo: normas uniformes de derecho aplicable; reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero sin que exista una decisión judicial. *Idem*.

En primer lugar, se trató el *proyecto de convención*. Para esto, el diálogo se organizó en torno al reconocimiento de decisiones judiciales de filiación y, luego, a otras técnicas de Dipr.

El Grupo acordó que la convención debería limitarse al reconocimiento de decisiones judiciales emitidas por autoridades de Estados parte de dicho instrumento, sin perjuicio de la denominación y del efecto constitutivo o declaratorio que esas decisiones tengan, ni de la edad de la persona de cuya filiación se trate.<sup>90</sup> Aunque la mayoría de los expertos estimó importante incluir las adopciones nacionales en el ámbito de aplicación material de la convención, se resolvió que esta cuestión requiere más discusión.<sup>91</sup>

Asimismo, hubo acuerdo en cuanto a que el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras de filiación debería operar de pleno derecho, si en el Estado que las dictó se satisfizo alguno de los siguientes criterios de jurisdicción indirecta: que allí se encontrase la residencia habitual del niño, o bien la residencia habitual del demandado.<sup>92</sup> Mientras se dejó abierta la posibilidad de incluir como criterio la existencia de una conexión real y sustancial en ciertos casos, hubo acuerdo en no incorporar criterio alguno vinculado con la autonomía de la voluntad.<sup>93</sup> También se discutió el tema de las causales alternativas de denegación de reconocimiento, acogándose la excepción de orden público —que tome en cuenta el interés superior del niño—, la ausencia de notificación apropiada y de oportunidad de que el demandado sea oído en juicio, y la existencia de decisiones incongruentes o de procedimientos paralelos.<sup>94</sup>

Con respecto al recurso a otras técnicas de Dipr, se acordó que éste sería útil para facilitar la continuidad transfronteriza de la filiación.<sup>95</sup> Tal sería el caso de las normas uniformes de derecho aplicable, sobre todo para los supuestos en los que no existe una decisión judicial.<sup>96</sup> Se discutió cómo podría funcionar este tipo de normas en relación con los documentos públicos;

---

<sup>90</sup> HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 29 October to 1 November 2019)*, Prel. Doc. No. 2, noviembre de 2019, párrafos núm. 5-7, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d435cffe-65ce-4047-b603-ff63ed20591c.pdf>.

<sup>91</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 9.

<sup>92</sup> *Ibidem*, párrafos núms. 10 y 11.

<sup>93</sup> *Ibidem*, párrafos núms. 12 y 13.

<sup>94</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 14. También se decidió que se requiere más discusión acerca del alcance del fraude, así como sobre la posibilidad de incluir una causal específica relativa a que al niño no se le haya conferido la oportunidad de ser oído.

<sup>95</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 15.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 16.

pero se decidió que el tema requiere más análisis.<sup>97</sup> También se retomaron las discusiones previas sobre la validez material de los documentos públicos —que todavía permanecen abiertas—<sup>98</sup> y se concluyó que sería positivo incluir en la convención la presunción de validez de la filiación plasmada en un documento público expedido por autoridad competente.<sup>99</sup> Finalmente, algunos miembros del Grupo señalaron que la certeza jurídica sería mayor si se incluyera en el instrumento criterios de jurisdicción directa, para lo cual, a su vez, sería de gran ayuda contar con normas de derecho aplicable.<sup>100</sup>

En segundo lugar, se estudió el *proyecto de protocolo*. Se dedicó mucho tiempo a la discusión sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación en casos de GST; pero también se hizo referencia a la filiación establecida por otros medios en este contexto.

Si bien muchos expertos recomendaron que el protocolo se aplicara únicamente al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación en supuestos de GST, algunos sugirieron explorar la posibilidad de incluir también las hipótesis de GS interna —cuando las partes del acuerdo residen habitualmente en el mismo Estado— y de GS seguida de adopción interna.<sup>101</sup>

En cuanto a las definiciones propuestas en el borrador, hubo consenso sobre la necesidad de exigir la forma escrita para el acuerdo de GS, y que su celebración se dé antes de la concepción.<sup>102</sup> Varias expertas sugirieron que se modificara la terminología empleada, para referirse a la gestante de una manera neutral, sin calificarla *ab initio* como “madre”,<sup>103</sup> puesto que esa cuestión debe ser determinada por el derecho que resulte aplicable, y que, además, denominarla “madre” no concuerda con la voluntad de ninguno de los participantes en el acuerdo internacional de GS.

Por otro lado, la mayoría de los miembros del Grupo consideró que deberían ser reconocidas de pleno derecho, en todos los Estados parte del protocolo, las decisiones judiciales dictadas en el Estado de origen de la GS —que también sea Estado parte—, después del nacimiento del niño, siempre que se cumplan ciertas condiciones, estándares mínimos o salvaguardas.<sup>104</sup>

<sup>97</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 19.

<sup>98</sup> *Ibidem*, párrafos núms. 21-22.

<sup>99</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 20.

<sup>100</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 23.

<sup>101</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 26.

<sup>102</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 27.

<sup>103</sup> *Idem*.

<sup>104</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 30.

Tales salvaguardas, cuya precisa definición aún sigue pendiente, serán clave para que se pueda llevar a cabo el reconocimiento de la filiación en casos de GST. Para verificar que las mismas se hayan cumplido, y de ese modo facilitar el reconocimiento, se discutió la posibilidad de una certificación que se emitiera en el Estado de origen de la GS.<sup>105</sup> Además de haberse retomado las discusiones previas sobre cuáles podrían ser esas salvaguardas, se resolvió que se necesitaría considerar con mayor profundidad cómo incorporar en el protocolo la figura de los intermediarios para limitar su intervención,<sup>106</sup> así como la posibilidad de introducir estándares mínimos relativos a la elegibilidad y a la idoneidad de la mujer gestante y de los padres intencionales.<sup>107</sup> Muchos expertos se hicieron eco de la sugerencia de que, además de la perspectiva *a posteriori* que sigue el proyecto de protocolo en su redacción actual, sería útil contar con normas *a priori*; pero la viabilidad de agregar esta nueva perspectiva requerirá más discusión.<sup>108</sup>

Asimismo, se discutió cómo incorporar la filiación establecida en ausencia de decisión judicial en casos de GST, pues en muchos Estados de origen no es necesario contar con ese tipo de decisión, y hubo consenso para que se explorara si un mecanismo de certificación podría funcionar en tales supuestos —y, en su caso, cómo—.<sup>109</sup>

Finalmente, en cuanto al trabajo futuro, el Grupo recomendó que se continúe desarrollando el contenido tanto de la convención como del protocolo, para lo cual propuso organizar al menos dos reuniones más y reportar al Consejo en marzo de 2022, a fin de que entonces se decida si el Proyecto debería continuar.<sup>110</sup> Además, como ya se hizo entre la quinta y la sexta reunión, se recomendó continuar con el trabajo entre sesiones, con la colaboración de algunos de los expertos, para refinar la redacción de ambos borradores y desarrollar otras posibles perspectivas, según las sugerencias formuladas por el Grupo.<sup>111</sup>

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 31.

<sup>106</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 35.

<sup>107</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 36.

<sup>108</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 39.

<sup>109</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 41.

<sup>110</sup> *Ibidem*, párrafo núm. 43.

<sup>111</sup> *Idem*. Entre el momento de entrega de la presente contribución y su envío a prensa, se desarrollaron de manera virtual dos reuniones más (la séptima, del 12 al 16 de octubre de 2020, y la octava, del 15 al 17 de febrero de 2021) y se ha continuado con la labor entre sesiones. Asimismo, el Consejo acogió la sugerencia de posponer la entrega del reporte final sobre la viabilidad del Proyecto hasta su sesión de 2023.

#### IV. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, el trabajo que han venido realizando en los últimos años la HCCH, su OP y el Grupo, en materia de Dipr de la filiación, tanto en general, como en casos en los que se ha recurrido a la GS y a las TRHA, es sumamente valioso. Para empezar, porque implica una toma de conciencia sobre la problemática que afecta a las familias en el plano internacional, y de manera particular, a las personas cuya filiación, legalmente establecida en un Estado, no es reconocida en otro. En muchas ocasiones esas personas son niños, aunque las situaciones controvertidas pueden extenderse en el tiempo más allá de la adquisición de la mayoría de edad<sup>112</sup> e, incluso, son susceptibles de presentarse durante su vida adulta. Pero también, porque el hecho de que se intente utilizar en este ámbito las herramientas de las que dispone el Dipr para mejorar la vida de las personas constituye una reacción positiva ante una realidad en la que se vulneran derechos humanos de las personas involucradas, y especialmente, los de los niños —cuyo interés superior debería siempre ser una consideración primordial—.<sup>113</sup> Consideramos que abordar estos temas, a fin de procurar garantizar la continuidad transfronteriza de la filiación es una tarea delicada, más necesaria y urgente.

Como se puede apreciar a lo largo del presente capítulo, el Proyecto ha venido avanzando en forma gradual, en un escenario de amplia diversidad normativa, en temas que tocan fibras profundas y que exceden al derecho para vincularse también con otras áreas del saber.<sup>114</sup> No obstante, resulta evidente que ningún intento por regular los aspectos de Dipr de la filiación, particularmente en la época actual, podría estar exento de desafíos. Creemos que el Grupo se encuentra frente a diversos retos, y que tiene el deber de proponerse superarlos.

---

<sup>112</sup> Esto es lo que les ha sucedido, por ejemplo, a las tristemente célebres Valentina y Fiorella Mennesson, nacidas de una mujer gestante en California —Estados Unidos de América—, ante la resistencia de Francia para reconocer su filiación, legalmente establecida en el extranjero, con respecto a Sylvie, su madre intencional. Para una apretada síntesis de esta saga judicial que se desarrolló durante más de dieciséis años, tanto ante las autoridades francesas como ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase David, Timothée, “GPA et filiation: fin d’une Saga judiciaire de plus de 16 ans”, *Affiches parisiennes. Journal d’information juridique et d’annonces légales*, 14 de octubre de 2019, disponible en <https://www.affiches-parisiennes.com/gpa-et-filiation-fin-d-une-saga-judiciaire-de-plus-de-16-ans-9412.html>.

<sup>113</sup> Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, cit. *supra* nota 56. Sobre todo el artículo 3.

<sup>114</sup> Ética, bioética, medicina, genética, antropología, sociología, por mencionar algunas.

En conjunto con la profesora Nieve Rubaja, hemos dedicado un trabajo reciente a identificar los principales desafíos con los cuales el Grupo se ha ido encontrando y se encontrará —delimitación de la materia, enfoque metodológico, técnicas de codificación y otros desafíos a futuro: las filiaciones que no surgen de decisiones judiciales y las salvaguardas en casos de GS—. <sup>115</sup> Confirmamos nuestra opinión acerca de que esos desafíos conservan toda su vigencia y consideramos que vale la pena insistir aquí en algunos de ellos en particular.

Un reto crucial es el de valorar las posibilidades de emplear otros enfoques metodológicos, además del de reconocimiento, tanto para la filiación en general como para la que se presenta cuando existe un acuerdo transfronterizo de GS. A pesar de que, *ab initio*, puede estimarse ideal arribar a una convención y un protocolo que comprendan los cuatro pilares fundamentales del Dopr —jurisdicción internacional, derecho aplicable, reconocimiento (y ejecución), y cooperación internacional entre autoridades—, no es menor el desafío de construir consensos en torno a puntos de conexión, calificaciones y efectos jurídicos de ciertos actos, facultades de las autoridades, ni en torno a cómo se daría su implementación en la práctica. Se decidió profundizar el enfoque de reconocimiento; sin embargo, ha surgido recurrentemente, en las diversas sesiones, la inquietud de no descartar otras perspectivas metodológicas.

Otro reto de capital importancia es sobre cómo abordar el reconocimiento de las filiaciones que no surgen de decisiones judiciales. En efecto, hay muchos casos de filiación en familias que se desplazan internacionalmente, que por diversas razones nunca llegan a tribunales. Podría considerarse absurda la pretensión de judicializar todos los casos para incrementar las probabilidades de que una relación de filiación sea reconocida como legal en el extranjero. También se relaciona con este desafío la pregunta, aún no resuelta, de cómo asegurarse de que un documento distinto de una sentencia, y que eventualmente sería reconocido de pleno derecho en el extranjero, pruebe el vínculo jurídico de filiación y no únicamente el hecho del nacimiento.

En materia de GST, donde hay Estados con posiciones fuertemente contrapuestas, es muy delicado el desafío de determinar cuáles son y cómo

---

<sup>115</sup> Albornoz, María Mercedes y Rubaja, Nieve, “Los desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución”, en Fresno de Aguirre, Cecilia y Lorenzo Idiarte, Gonzalo A. (coords.), *130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, pp. 663-681.

operarían las salvaguardas o estándares mínimos cuyo cumplimiento el Estado de recibimiento podría exigir como condición para reconocer la filiación, o cuyo no cumplimiento podría invocar como causal de denegación del reconocimiento. Si bien actualmente el Grupo está analizando el tema con respecto a las decisiones judiciales extranjeras en este ámbito, también se requiere estudiarlo para supuestos de ausencia de decisión judicial y examinar si las salvaguardas pudiesen ser las mismas en la primera y en la segunda de dichas hipótesis, o se precisaría establecer salvaguardas adicionales en la segunda —y, en su caso, cuáles—.

En el fondo, el gran reto subyacente a todos los demás es el de diseñar instrumentos jurídicos internacionales que, por un lado, resulten efectivos para simplificar la vida de las familias, garantizando los derechos humanos de todas las personas involucradas en una controversia —especialmente, los de cada niño concreto, procurando la solución que corresponda a su interés superior— y que, por otro lado, sean atractivos para el mayor número de Estados posible.

Consideramos que el Grupo debe continuar poniendo todo su empeño para superar estos retos, así como otros que pudieran presentarse más adelante, y lograr la meta de tender puentes entre sistemas jurídicos nacionales, ofreciendo un marco jurídico internacional para los aspectos de Dipr de la filiación que sea justo y equilibrado. Pero quienes tienen la última palabra, tanto para introducir modificaciones, como para decidir si ese marco jurídico será vinculante para ellos, son los Estados. Son ellos los que tienen ante sí la oportunidad de generar certidumbre para las familias y de proteger mejor a uno de los grupos más vulnerables de la población: los niños. Esperamos que los Estados cuenten con la voluntad política necesaria para aprovechar esta oportunidad invaluable.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALBORNOZ, María Mercedes y RUBAJA, Nieve, “Los desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución”, en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A. (coords.), *130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019.

BESMOND DE SENNEVILLE, Loup, “À La Haye, le discret travail juridique sur les règles de GPA”, *La Croix*, 29 de enero de 2019, disponible en <https://>



[www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/A-Haye-discret-travail-juridique-regles-GPA-2019-01-29-1200998778](http://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/A-Haye-discret-travail-juridique-regles-GPA-2019-01-29-1200998778).

DAVID, Timothée, “GPA et filiation: fin d’une Saga judiciaire de plus de 16 ans”, *Affiches parisiennes. Journal d’information juridique et d’annonces légales*, París, 14 de octubre de 2019, disponible en <https://www.affiches-parisiennes.com/gpa-et-filiation-fin-d-une-saga-judiciaire-de-plus-de-16-ans-9412.html>.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en CARBONELL, José *et al.*, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3174/4.pdf>.

HCCH, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. No. 10, marzo de 2012, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.

HCCH, *Background Note for the Meeting of the Experts’ Group on the Parentage/Surrogacy Project*, enero de 2016, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>.

HCCH, Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, *Conclusiones y recomendaciones aprobadas por la Comisión Especial*, 17-25 de junio de 2010, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32cfc8bfb42d.pdf>.

HCCH, Consejo de Asuntos Generales y Política, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 7-9 de abril de 2010, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>.

HCCH, Consejo de Asuntos Generales y Política, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 24-26 de marzo de 2015, disponible en [https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl_en.pdf).

HCCH, *Estatuto de Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, La Haya, 31 de octubre de 1951, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/97867a48-a528-4b5f-8c30-e63849448ae7.pdf>.

HCCH, *Observations concerning the Strategy of the Hague Conference – Observations Made by Other International Organizations and Observations Made in a Personal Capacity in Responded to the Secretary General’s Letter of 30/31 July 2001, Preliminary Document No. 20 for the Attention of the Nineteenth Session*, disponible en <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2010-and-prior>.

HCCH, *Parentage/Surrogacy Project*, disponible en <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.



- HCCH, *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. No. 11, marzo de 2011, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 31 January – 3 February 2017)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/8b00d3a1-6c2d-4b8b-b3d9-7db43f9bb025.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 6-9 February 2018)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/75f52918-063d-4232-81c7-ca7cd37e5af6.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 25 to 28 September 2018)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 29 January to 1 February 2019)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 29 October to 1 November 2019)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d435cffc-65ce-4047-b603-ff63ed20591c.pdf>.
- HCCH, *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy*, Doc. Prel. No. 3, febrero de 2016, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>.
- HCCH, *Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. No. 3C, marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- HCCH, *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project*, Doc. Prel. No. 3B, marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>.
- RUBAJA, Nieve, *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- VELA BARBA, Estefanía, “Nuevas tecnologías reproductivas”, en MORENO, Hortensia y ALCÁNTARA, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, Ciudad de México, Dirección General de Publicaciones de la UNAM-Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018, vol. 2.